

## La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea (\*)

Remo Caponi, Università degli Studi di Firenze

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Procedimento sommario di cognizione. – 3. Segue: procedimento speciale. - 4. Segue: ambito di applicazione. - 5. Segue: disciplina del procedimento. - 6. Segue: contumacia. - 7. Segue: presupposti di concedibilità del provvedimento. - 8. Segue: prosecuzione del processo secondo il rito a cognizione piena. - 9. Segue: appello. - 10. Segue: efficacia dell'ordinanza di condanna. – 11. Provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata. – 12. Segue: disciplina processuale. - 13. Definizione in rito del processo a cognizione piena e sorte del provvedimento cautelare a strumentalità attenuata. - 14. Modelli europei di giustizia accelerata in funzione di economia processuale. – 15. Procedimento sommario di cognizione in prospettiva europea. - 16. Strumentalità attenuata dei provvedimenti cautelari in prospettiva europea. – 17. Distinzione tra provvedimenti cautelari conservativi ed anticipatori in prospettiva europea. – 18. Segue: distinzione nel pensiero di Piero Calamandrei. – 19. Segue: ipotesi ricostruttiva. - 20. Tensione verso il giudicato nei procedimenti sommari in Italia. - 21. Tutela giurisdizionale dei diritti e giudicato. – 22. Osservazioni conclusive sulla categoria dei provvedimenti provvisori.

---

(\*) Pubblicato in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, p. 1359 ss., nonché in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Tarzia*. Milano, 2005. Una versione precedente, più breve, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, è pubblicata in *Foro it.*, 2003, V, 141. Quest'ultima, a sua volta, è costituita dal testo rielaborato della relazione presentata a Foggia il 10 maggio 2003 al convegno su "Presente e futuro prossimo del processo civile in Italia", organizzato dall'Associazione nazionale magistrati, dall'Ordine degli avvocati e dall'Università degli studi di Foggia. La parte relativa al procedimento sommario di cognizione è la base della relazione tenuta il 13 febbraio 2004 a Perugia, al seminario su *Il nuovo processo societario*, organizzato dall'Associazione italiana giovani avvocati. La parte sui provvedimenti cautelari è la base della lezione tenuta il 23 gennaio 2004 a Perugia, agli allievi del secondo anno della Scuola di specializzazione per le professioni legali "Bruno Migliorini".

## 1. Premessa

Il presente contributo si propone di esaminare contestualmente la regolamentazione del procedimento sommario di cognizione e del procedimento cautelare nel processo societario <sup>(1)</sup>. Si sacrifica il quadro completo della disciplina di ciascuno dei due procedimenti, a vantaggio di una riflessione sul tratto fondamentale che li accomuna: l'idea che la tutela giurisdizionale dei diritti non debba necessariamente culminare in un accertamento con autorità di giudicato. Si accenna inoltre ad inserirli nel quadro dei modelli europei di procedimenti speciali predisposti in funzione di accelerazione della tutela giurisdizionale e di economia processuale rispetto al corso del processo ordinario di cognizione <sup>(2)</sup>.

## 2. Procedimento sommario di cognizione

L'art. 12 della l. 3 ottobre 2001, n. 366, dopo aver attribuito al primo comma la delega al governo ad emanare norme dirette ad assicurare una più rapida ed efficace definizione dei processi in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, dispone al secondo comma, lett. d), che nel perseguire questa finalità possa predisporre "un giudizio sommario non cautelare, improntato a particolare celerità ma con il rispetto del principio del contraddittorio, che conduca alla emanazione di un provvedimento esecutivo anche se privo di efficacia di giudicato". Sulla base di questo criterio direttivo, il d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 ha introdotto nel suo titolo secondo, dedicato al processo di cognizione davanti al tribunale, dopo i primi due capi, rivolti al procedimento di primo grado, e prima del quarto, rivolto al procedimento in grado di appello, un terzo capo, intitolato al "procedimento sommario di cognizione" (art. 19) <sup>(3)</sup>.

## 3. Segue: procedimento speciale

---

<sup>(1)</sup> Cfr. art. 19; artt. 23 e 24 d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, emanato sulla base dell'art. 12 l. 3 ottobre 2001, n. 366. V. inoltre l'avviso di rettifica contenuto nella *Gazzetta Ufficiale* del 9 settembre 2003, n. 209, nonché il d. lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, recante disposizioni correttive dei decreti legislativi n. 5 e 6 del 2003, nonché di coordinamento con il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d. lgs. n. 385 del 1993) e con il testo unico dell'intermediazione finanziaria (d. lgs. n. 58 del 1998).

<sup>(2)</sup> Lo studioso al quale questo scritto è dedicato ha dato un impulso notevole all'approfondimento delle misure provvisorie in una prospettiva comparatistica. Fra i molti lavori dedicati da Giuseppe Tarzia a questo tema v. *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 240 ss., che raccoglie le conclusioni del colloquio internazionale su *Les mesures provisoires en procédure civile*, tenutosi a Milano nel 1984. Gli atti del colloquio, dallo stesso titolo, sono stati pubblicati a cura di G. Tarzia a Milano nel 1985. In seno al gruppo di lavoro presieduto da Marcel Storme e incaricato dalla Commissione europea di elaborare un progetto di armonizzazione comunitaria del diritto processuale civile, un ruolo decisivo ha svolto Tarzia nella stesura del titolo relativo alle misure provvisorie: cfr. STORME (ed.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Dordrecht e a., 1994. Più recente testimonianza dell'interesse dell'A. verso il tema è l'opera *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien: étude de droit comparé*, sotto la direzione di J. van Compernelle e G. Tarzia, Bruxelles, 1998.

<sup>(3)</sup> Fra i contributi dottrinali, v. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 1; SALETTI, *Il procedimento sommario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 467 ss.; CATALDI, *La riforma del diritto societario: il procedimento sommario di cognizione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); CAVALLINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); CAPPONI, *Procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, in questa raccolta di scritti; CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 141; TISCINI, in *La riforma delle società. Il processo*, a cura di B. Sassani, Torino, 2003, p. 183 ss.; MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); ARIETA, DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, p. 353 ss.; RONCO, *Del procedimento sommario di cognizione*, in *Il nuovo processo societario*, commentario diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2004.

Se si assume una nozione molto generale di procedimento o processo speciale, tesa ad inquadrare i procedimenti (a cognizione piena o sommaria) predisposti nella giurisdizione contenziosa cognitiva per evitare il corso del processo ordinario di cognizione in funzione di accelerazione della tutela giurisdizionale e di economia processuale, il procedimento sommario di cognizione *de quo* è speciale “al quadrato”: è speciale rispetto al rito a cognizione piena societario, che è a sua volta speciale rispetto al processo ordinario di cognizione.

Questa precisazione si impone in via preliminare non solo per predisporre una struttura concettuale, per quanto esile, entro la quale calare la descrizione del dato normativo, ma anche per opporsi in limine all’idea che il procedimento sommario di cognizione costituisca una semplice variante all’interno del “processo di cognizione ordinaria” societario, con tutta una serie di corollari, a partire dall’applicabilità delle norme relative al procedimento di cognizione davanti al tribunale in composizione monocratica (art. 18, comma 1 d. lgs. n. 5 del 2003) <sup>(4)</sup>.

Questo singolare tentativo di ricostruzione non è certamente privo di una certa attrattiva sotto il profilo della comparazione giuridica, se è vero che, come attestano i risultati di un recente convegno fiorentino <sup>(5)</sup>, quanto meno in alcune importanti esperienze giuridiche europee (Francia, Germania, Inghilterra), si può constatare un passaggio dalla previsione di una pluralità di procedimenti tra di loro diversi verso una molteplicità di modelli di trattazione, più flessibili e calibrati sulla complessità delle singole controversie, all’interno di una sequenza procedimentale sostanzialmente unitaria.

Solo che allo stato attuale, pur dopo le modifiche introdotte dal d. lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, questo tentativo ci appare privo di una robusta base di diritto positivo. Né questa base può essere offerta dalla constatazione che la norma che ci apprestiamo a commentare “si propone come una sorta di opera aperta, presentando tratti impressionistici o abbozzi di disciplina nei quali ciascun osservatore riconosce, o si sforza di riconoscere, il modello che gli appare più opportuno e desiderabile alla luce della sua particolare formazione culturale” <sup>(6)</sup>.

Per quanto ci riguarda, cercheremo invece, per quanto è consentito dallo scarso testo legislativo, di frenare l’interpretazione creatrice.

#### 4. *Segue: ambito di applicazione*

Il procedimento sommario di cognizione può essere instaurato in relazione alle controversie tipiche di cui all’art. 1 d. lgs. n. 5 del 2003 <sup>(7)</sup>, con due fondamentali limitazioni.

In primo luogo sono escluse “le azioni di responsabilità da chiunque proposte”: un riferimento ellittico alle azioni di responsabilità di cui all’art. 1, lett. a) <sup>(8)</sup>.

In secondo luogo la domanda deve essere limitata alla condanna al pagamento di un credito pecuniario, anche se non liquido (ma celermente liquidabile), o alla consegna di una cosa mobile determinata (anche sulla base di un rapporto reale), con esclusione delle domande di mero accertamento e costitutive (anche pregiudiziali ad un *petitum* di condanna).

---

<sup>(4)</sup> È la tesi di CAPPONI, *Procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, cit., p. 3.

<sup>(5)</sup> Si tratta del convegno “Le riforme del processo civile in diritto comparato”, tenutosi a Firenze il 12 e 13 dicembre 2003 per iniziativa di Vincenzo Varano e Nicolò Trocker. Per gli atti, v. *Civil Procedure Reform in Comparative Perspective*, a cura di N. Trocker e V. Varano, Torino, 2005.

<sup>(6)</sup> CAPPONI, *Procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, cit., p. 21 s.

<sup>(7)</sup> Gli articoli citati senz’altra indicazione si riferiscono al d. lgs. n. 5 del 2003.

<sup>(8)</sup> Sul punto v. la ricostruzione di RONCO, *Del procedimento sommario di cognizione*, cit. Concepisce l’esclusione in termini più ampi MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 9: essa coprirebbe anche l’ipotesi in cui la responsabilità costituisca semplicemente un punto pregiudiziale della domanda, poiché la *ratio* risiederebbe nel fatto che l’accertamento della responsabilità di organi societari implica di solito attività istruttorie complesse, che non sono compatibili con la celerità del procedimento. Da notare che il d. lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 allarga ai soggetti incaricati della revisione contabile il novero dei soggetti contro i quali tali azioni possono proporsi.

## 5. *Segue: disciplina del procedimento*

In tali ipotesi la causa può essere introdotta, in alternativa alle forme di cui agli artt. 2 ss., con ricorso da depositarsi nella cancelleria del tribunale competente, in composizione monocratica (art. 19, comma 1). Il giudice designato fissa a non oltre sessanta giorni la data di comparizione delle parti ed assegna il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire almeno dieci giorni prima dell'udienza. Il ricorso, insieme al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato al convenuto almeno trenta giorni prima della data dell'udienza (art. 19, comma 2). Al termine dell'udienza il giudice designato, "ove ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto, pronuncia ordinanza immediatamente esecutiva di condanna e dispone sulle spese ai sensi degli articoli 91 e seguenti del codice di procedura civile" (art. 19, comma 2-bis).

Poche sono le forme ed i termini predeterminati dalla legge: la forma dell'atto introduttivo, la sua notificazione alla controparte, il termine finale per la data dell'udienza, il termine a difesa e il termine di costituzione per il convenuto, l'anticipazione del contraddittorio rispetto alla pronuncia del giudice, i presupposti per la concessione del provvedimento di tutela (o, di converso, per la prosecuzione del processo nelle forme della cognizione piena), nonché la forma di ordinanza che esso assume.

In coerenza con l'obiettivo, fissato dalla legge delega, di conseguire una particolare accelerazione del procedimento, il resto della disciplina è affidato alle determinazioni discrezionali del giudice, come si desume tra l'altro dalla qualificazione dell'attività cognitiva del giudice come "cognizione sommaria" <sup>(9)</sup>. Nello esercizio dei suoi poteri discrezionali, il giudice deve curarsi di contemperare le esigenze di celerità e di snellezza del procedimento con le plurime articolazioni del contraddittorio in condizioni di parità tra le parti, nonché della terzietà ed imparzialità del giudice <sup>(10)</sup>.

La fiducia riposta nell'esercizio dei poteri discrezionali del giudice consente di confinare in un ruolo residuale il rinvio – che trova espressione nell'art. 1, comma 4 del d. lgs. n. 5 del 2003 – alle norme del codice di procedura civile, in quanto applicabili. Spazio per possibili applicazioni vi è soprattutto per le norme del primo libro del codice <sup>(11)</sup>.

## 6. *Segue: contumacia*

Pur dopo le integrazioni contenute nel d. lgs. n. 37 del 2004, l'art. 19 lascia aperto un problema fondamentale: se la contumacia del convenuto equivalga ad ammissione legale dei fatti posti dall'attore a fondamento della sua pretesa. Sebbene l'art. 13, comma 2 abbracci la soluzione della *ficta confessio* per il rito a cognizione piena societario, appare difficile estendere tale soluzione al presente

---

<sup>(9)</sup> Così, MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 10. Nel mio precedente contributo sul tema, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, cit., sostenevo: "pochissime sono le forme ed i termini predeterminati dalla legge: la forma dell'atto introduttivo, l'anticipazione del contraddittorio rispetto all'emanazione del provvedimento finale, il termine di costituzione per il convenuto, nonché la forma del provvedimento finale. Per colmare le lacune l'art. 1, comma 4, rinvia alle disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili, escludendo così la possibilità di affidarsi alle determinazioni discrezionali del giudice. La genericità del rinvio rende difficile riferirsi a norme diverse da quelle del primo e del secondo libro". Le osservazioni critiche di Menchini (op. cit., p. 11, nota 40) rivelano la necessità di precisare meglio il significato di queste parole: il diniego della possibilità di affidarsi ai poteri discrezionali intendeva riferirsi essenzialmente alla disciplina dello esteriore svolgimento del processo, della progressione della sequenza processuale, e costituiva una reazione, quasi provocatoria, ai difetti che sotto questo profilo manifestava il precedente testo legislativo, prima delle integrazioni contenute nel d. lgs. n. 37 del 2004.

<sup>(10)</sup> Cfr. MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 6 ss., spec. p. 11.

<sup>(11)</sup> Per un'ampia esemplificazione si rinvia a MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 6 ss., spec. p. 11.

procedimento sommario di cognizione. Per colmare la lacuna occorre fare capo al predetto art. 1, comma 4 d. lgs. n. 5 del 2003. La genericità del rinvio rende difficile riferirsi a norme diverse dagli artt. 290 ss. c.p.c. In attesa della riforma delineata dall'art. 23 del disegno di legge delega per l'attuazione di modifiche al codice di procedura civile, approvato dal governo nell'ottobre 2003 ed elaborato dalla commissione presieduta dal prof. Romano Vaccarella, la regola in tema di contumacia è quella che la qualifica ancora come comportamento neutro, per cui la parte costituita ha l'onere di provare i fatti costitutivi della propria pretesa. Allo stato attuale, questa è pertanto la regola che deve applicarsi nel procedimento sommario di cognizione societario.

Parimenti non influisce sulla trattazione la costituzione tardiva del convenuto, se non al fine di legittimare l'attore a chiedere un termine per la replica, con possibile spostamento dell'udienza <sup>(12)</sup>.

#### *7. Segue: presupposti di concedibilità del provvedimento*

Nel delineare i presupposti per la concessione del provvedimento, il legislatore ha tenuto conto che il settore dell'esperienza in cui il nuovo rimedio si cala è quello tradizionalmente affidato in Italia alla condanna con riserva e si è ispirato a questo strumento <sup>(13)</sup>. Il giudice concede il provvedimento se ritiene sussistenti i fatti costitutivi, poiché sono provati (normalmente, ma non necessariamente, attraverso una prova scritta) <sup>(14)</sup> o non contestati (o contestati genericamente), e se ritiene manifestamente infondate le difese del convenuto (il termine "contestazione" si presta bene ad esprimere il quadro dei vari atteggiamenti difensivi possibili), alla stregua di una valutazione *prima facie* che si appunta sulla necessità di lunga indagine <sup>(15)</sup> e su ogni altro elemento idoneo a supportare tale valutazione <sup>(16)</sup>.

#### *8. Segue: prosecuzione del processo secondo il rito a cognizione piena*

Il giudice dispone invece la prosecuzione del processo secondo il rito speciale a cognizione piena societario, assegnando i termini che l'art. 6 prevede per la notifica della memoria di replica dell'attore, se "ritiene che l'oggetto della causa o le difese svolte dal convenuto richiedano una cognizione non sommaria, ovvero in ogni altro caso in cui non dispone a norma del comma 2" (art. 19, comma 3, ove il rinvio si deve intendere al comma 2-bis).

La formulazione attuale è quella che la risulta dall'aggiunta contenuta nel d. lgs. n. 37 del 2004 ("ovvero in ogni altro caso in cui non dispone a norma del comma 2").

A nostro avviso, l'aggiunta non è da salutare con favore, poiché impone alle parti di subire l'iniziativa d'ufficio del giudice nel proseguire il processo secondo il rito a cognizione piena, in tutte le ipotesi in cui non sia possibile emanare l'ordinanza di condanna di cui al secondo comma dell'art. 19. Ciò desta perplessità sotto il profilo del rispetto del principio della domanda: l'attore, che ha chiesto un provvedimento esecutivo, ma non idoneo al giudicato, può essere costretto ad affrontare l'alea ed i costi di un giudizio a cognizione piena.

La modifica legislativa si rivela inopportuna anche dal punto di vista pratico. Nella versione precedente, l'alternativa tra pronuncia dell'ordinanza di condanna e prosecuzione del processo nelle forme

---

<sup>(12)</sup> Così, MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 12.

<sup>(13)</sup> In questo senso, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, cit. Su questo istituto, v. SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989.

<sup>(14)</sup> Per una ricostruzione dell'istruttoria in chiave documentale, v. invece RONCO, *Del procedimento sommario di cognizione*, cit.

<sup>(15)</sup> Sulla eccezione di lunga indagine, SCARSELLI, *La condanna con riserva*, cit., p. 442 ss.

<sup>(16)</sup> Non si rivela fruttuoso definire questa situazione in termini di *fumus boni iuris*. Non sembra possibile impiegare la nozione di *fumus boni iuris* al di fuori delle ipotesi in cui la necessità di compiere un accertamento sommario sul diritto dedotto in giudizio sia dettata dall'urgenza del provvedere. Nella concretezza dell'esperienza pratica, e quindi anche nella teoria, la valutazione del *fumus boni iuris* non può essere scissa dalla necessità di accertare anche il *periculum in mora*.

della cognizione piena non esauriva il quadro dei possibili provvedimenti conclusivi del procedimento sommario. Vi era l'eventualità che il procedimento si concludesse con un provvedimento di rigetto per motivi di rito oppure con un provvedimento di rigetto nel merito, qualora la domanda dell'attore fosse manifestamente infondata (ad esempio, a fronte di fatti costitutivi contestati dal convenuto, l'attore non è in grado di offrire alcun elemento di prova: il carattere manifesto dell'infondatezza escludeva la necessità di una cognizione non sommaria e quindi la necessità di proseguire il processo nelle forme della cognizione piena). Si dischiudeva quindi la possibilità di una celere conclusione del processo, sebbene con provvedimenti cui non conseguiva la cosa giudicata ai sensi dell'art. 2909 c.c. Dopo la modifica legislativa, in ogni caso si deve proseguire nelle forme del processo a cognizione piena.

Ciò si rivela inopportuno anche con riguardo alla necessaria prosecuzione del processo dinanzi ad un vizio processuale non sanabile o non sanato, poiché il rigetto in rito con sentenza emanata al termine del processo a cognizione piena non attribuisce utilità maggiori rispetto al rigetto in rito con un'ordinanza che chiuda il procedimento sommario <sup>(17)</sup>.

L'assegnazione dei termini di cui all'art. 6 si rivela incongrua anche laddove la prosecuzione del processo secondo il rito a cognizione piena societario si imponga in forza del rilievo da parte del giudice di una nullità sanabile (ad esempio, il convenuto non si costituisce e il giudice rileva una nullità dell'atto introduttivo per violazione dei termini minimi per comparire): un'interpretazione correttiva della lettera della legge, ma orientata al valore dell'economia processuale, suggerisce che il mutamento di rito sia abbinato all'attivazione del meccanismo di sanatoria (nell'esempio, ordine di rinnovazione dell'atto introduttivo in forma di citazione).

## 9. Segue: appello

Contro l'ordinanza di condanna può essere proposta impugnazione davanti alla corte di appello nelle forme di cui all'art. 20 ss. <sup>(18)</sup>, cioè nelle forme di un processo a cognizione piena con divieto di *ius novorum*, nei termini in cui esso è formulato dall'art. 345 c.p.c. <sup>(19)</sup>.

Poiché un appello "chiuso" preceduto da un primo grado a cognizione sommaria è incongruente <sup>(20)</sup>, occorre sfruttare il margine che il testo dell'art. 345 c.p.c. offre per ridurre l'irragionevolezza. Mentre il divieto dello *ius novorum* è inevitabile in relazione alle domande e alle eccezioni, diverso è il discorso con riferimento ai mezzi di prova, poiché è possibile modellare l'elasticità della nozione di indispensabilità su questa peculiare struttura processuale. In particolare, si può ritenere che tutti i nuovi mezzi di prova ammissibili e rilevanti siano in quanto tali indispensabili <sup>(21)</sup>, poiché in primo grado lo sforzo del convenuto è teso a dimostrare la non manifesta infondatezza delle sue difese, mentre in secondo grado è teso a provarne la fondatezza.

Se il processo d'appello non si estingue o non è dichiarato inammissibile o improcedibile, la sentenza che lo definisce ha attitudine al giudicato formale e sostanziale e può essere impugnata ai sensi dell'art. 323 c.p.c. <sup>(22)</sup>. Ciò si ricava a contrario dall'art. 19, comma 5, che priva dell'idoneità al giudicato unicamente l'ordinanza non impugnata. D'altra parte la sentenza di appello che chiude il

---

<sup>(17)</sup> Così, MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 14, che propone pertanto una lettura correttiva della modifica legislativa, che consenta pur oggi il rigetto il rito al termine della fase sommaria.

<sup>(18)</sup> Art. 19, comma 4.

<sup>(19)</sup> A sua volta l'art. 20, comma 2 rinvia agli artt. 341 ss. c.p.c. in quanto compatibili.

<sup>(20)</sup> Cfr. su questo punto le osservazioni di MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 19.

<sup>(21)</sup> Così anche RONCO, *Del procedimento sommario di cognizione*, cit.

<sup>(22)</sup> Cfr. MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 18, ove in nota 72 la critica della tesi che, sottovalutando la prima proposizione dell'art. 360 c.p.c., propende per l'applicabilità del ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost. In questo senso, v. CARRATTA, *Rito speciale per le società, in arrivo l'inedito "processo senza giudice"*, in *Dir. giust.*, 2003, p. 7 ss., p. 18 ss.

processo in rito, dichiarandone l'inammissibilità, l'improcedibilità o l'estinzione non ha carattere sostitutivo del provvedimento impugnato, che quindi sopravvive con l'efficacia che gli è propria (cfr. l'art. 338 c.p.c.): in questo caso un'efficacia meramente esecutiva <sup>(23)</sup>.

In caso di accoglimento parziale della domanda (ad esempio, per un importo pecuniario inferiore a quello preteso), non sembrano sussistere motivi per evitare di ricollegare alla soccombenza ripartita la legittimazione ad impugnare di entrambe le parti, indipendentemente dall'iniziativa della controparte <sup>(24)</sup>.

#### 10. *Segue: efficacia dell'ordinanza di condanna*

Se non è impugnata, l'ordinanza di condanna è dotata di una efficacia meramente esecutiva, analoga a quella propria dei titoli esecutivi di formazione stragiudiziale, a cui si aggiunge l'idoneità ad essere titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Il provvedimento è privo della (relativa) incontestabilità, nonché del vincolo conformativo sui rapporti dipendenti propri del giudicato <sup>(25)</sup> e pertanto può essere contestato in un futuro processo a cognizione piena, se del caso instaurato in via di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. o per la ripetizione di quanto è stato indebitamente pagato o consegnato <sup>(26)</sup>. Ovviamente anche il creditore può agire per un importo maggiore, senza incontrare alcuna preclusione da dedotto o deducibile.

A tutto concedere, l'ammissibilità dell'opposizione all'esecuzione può essere temporaneamente esclusa dalla attuale pendenza del termine per proporre appello avverso l'ordinanza di condanna, se si valorizza il dato letterale della esclusività della possibilità di proporre appello <sup>(27)</sup>. Ciò non comporta tuttavia alcuna preclusione da deducibile nel caso in cui il soccombente non impugni: manca infatti l'efficacia di giudicato che è idonea a sorreggere quella preclusione.

Alla stregua di un'impostazione radicalmente diversa, l'ordinanza di condanna non impugnata renderebbe incontestabile il diritto dell'attore a conseguire la somma di denaro o il bene mobile che ne è oggetto: una soluzione modellata sulla tesi della preclusione *pro iudicato* che secondo l'orientamento minoritario della dottrina assisterebbe il decreto ingiuntivo non opposto <sup>(28)</sup>. È difficile però individuare il fondamento di diritto positivo di questa preclusione, una volta venuta meno la possibilità di riferirsi all'art. 2909 c.c.

L'assenza di autorità di cosa giudicata esclude automaticamente i mezzi di impugnazione straordinari, tranne probabilmente l'opposizione di terzo ordinaria (art. 404, comma 1 c.p.c.), in ipotesi di pregiudizio ai diritti del terzo derivante dall'esecuzione del provvedimento <sup>(29)</sup>.

In sintesi, il regime di efficacia provvisoria del provvedimento finale, disgiunta dalla strumentalità rispetto al processo a cognizione piena, conduce ad inserire questo procedimento sommario di cognizione nella categoria di quelli sommari semplificati esecutivi <sup>(30)</sup>. Esso non risponde all'urgenza del

---

<sup>(23)</sup> Cfr. SALETTI, *Il procedimento sommario*, cit.

<sup>(24)</sup> Propende ad escludere l'impugnazione principale dell'attore, MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 19.

<sup>(25)</sup> Cfr. art. 19, comma 5 c.c.: "all'ordinanza non impugnata non conseguono gli effetti di cui all'art. 2909 del codice civile".

<sup>(26)</sup> Così, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, cit.

<sup>(27)</sup> Si torna pertanto a rendere problematico il dato relativo alla possibilità di proporre opposizione all'esecuzione quando ancora pende il termine di appello, affermata in CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, cit.

<sup>(28)</sup> In questo senso, CAVALLINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, cit., p. 13; RONCO, *Del procedimento sommario di cognizione*, cit.; con qualche sfumatura diversa, CAPPONI, *Procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, cit., p. 20.

<sup>(29)</sup> Così, MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 20.

<sup>(30)</sup> Su questa categoria, v. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, quarta ed., Napoli, 2002, p. 548, p. 597, p. 670, p. 675, p. 679 ss., p. 694 ss.

provvedere, ma è diretto a realizzare esigenze di economia processuale, nonché ad impedire l'abuso del diritto di difesa da parte del convenuto.

#### 11. *Provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata*

Passando all'esame del procedimento cautelare <sup>(31)</sup>, l'art. 12, comma 2, lett. c) l. n. 366 del 2001 prevedeva "la mera facoltatività della successiva instaurazione della causa di merito dopo l'emanazione di un provvedimento emesso all'esito di un procedimento sommario cautelare, con la conseguente definitività degli effetti prodotti da detti provvedimenti, ancorché gli stessi non acquistino efficacia di giudicato in altri eventuali giudizi promossi per finalità diverse".

Il tratto innovativo di questo criterio direttivo, poi attuato dalla riforma, consiste nell'allentamento o attenuazione del rapporto di strumentalità tra il provvedimento cautelare e la sentenza di merito. La modifica raccoglie parzialmente suggerimenti da tempo avanzati in dottrina e in progetti di riforma del codice di procedura civile, rinviene punti di riferimento in ordinamenti stranieri ed anticipa una corrispondente modifica del procedimento cautelare uniforme, prevista dal disegno di legge di modifiche al codice di procedura civile <sup>(32)</sup>.

Per cogliere l'incidenza di tale novità, è utile ripetere brevemente alcune nozioni basilari. La funzione dei rimedi cautelari consiste nel neutralizzare i pericoli di danno derivanti all'attore che probabilmente ha ragione (anche) dalla durata fisiologica del processo a cognizione piena. A tale scopo, l'attore ha il potere di chiedere al giudice, nel corso del processo a cognizione piena o prima del suo inizio, l'emanazione di un provvedimento urgente, sulla base della valutazione del *fumus boni iuris*, cioè della probabile esistenza del diritto oggetto del processo a cognizione piena, nonché del predetto *periculum in mora* <sup>(33)</sup>. Sotto il profilo strutturale, una prima caratteristica è la provvisorietà del provvedimento: esso dura finché non sopravviene la sentenza definitiva nel processo a cognizione piena, dopodiché è sostituito dalla sentenza che accerta l'esistenza del diritto cautelato, o viene semplicemente meno, se viceversa il diritto è dichiarato inesistente. Una seconda caratteristica strutturale è la strumentalità, che "è la nota veramente tipica dei provvedimenti cautelari: i quali non sono mai fine a se stessi, ma sono immancabilmente preordinati alla emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui essi preventivamente assicurano la fruttuosità pratica. Essi nascono, per così dire, al servizio di un provvedimento definitivo, coll'ufficio di predisporre il terreno e di approntare i mezzi meglio atti alla sua riuscita" <sup>(34)</sup>.

Tra provvisorietà e strumentalità corre in un certo senso un rapporto di genere a specie. Da un lato, un provvedimento può essere provvisorio, senza dover essere strumentale: ad esempio, l'appena esaminata ordinanza di condanna emanata al termine del procedimento sommario di cognizione nel processo societario viene meno quando è emanato il provvedimento a cognizione piena (è provvisoria), ma non è al servizio di quest'ultimo (non è strumentale). Invece i provvedimenti cautelari, in quanto

---

<sup>(31)</sup> Cfr. artt. 23 e 24 d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. V. inoltre l'avviso di rettifica contenuto nella *Gazzetta Ufficiale* 9 settembre 2003, n. 209, mentre il d. lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 non reca novità sul punto. Fra i contributi dottrinali, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, cit.; COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 2003, p. 659 ss.; SALETTI, in *La riforma delle società. Il processo*, a cura di B. Sassani, Torino, 2003, p. 221 ss.; OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam e in corso di causa nella riforma del processo societario*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); TISCINI, *I nova del procedimento cautelare societario: la cd. strumentalità attenuata e il cd. giudizio abbreviato*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); ARIETA, DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., p. 381 ss.

<sup>(32)</sup> Cfr. art. 55 del citato disegno di legge, nella versione approvata il 15 luglio 2003 dalla Commissione giustizia in sede legislativa della Camera dei deputati.

<sup>(33)</sup> Cfr. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 457 ss.

<sup>(34)</sup> Così, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 21.



al servizio del provvedimento definitivo, non possono non essere provvisori. La strumentalità costituisce quindi la ragione d'essere della provvisorietà dei provvedimenti cautelari, tanto che si potrebbe parlare anche di una loro provvisorietà strumentale.

A differenza di taluni ordinamenti stranieri, l'ordinamento italiano conforma la provvisorietà strumentale del provvedimento cautelare in modo molto stretto. La notevole intensità di questo rapporto di strumentalità si coglie essenzialmente nella regola che i provvedimenti cautelari, se emanati prima dell'inizio del processo a cognizione piena, perdono efficacia qualora il giudizio di merito non sia instaurato entro un termine perentorio o qualora esso si estingua<sup>(35)</sup>. In secondo luogo, il rapporto di strumentalità si coglie nel fatto che i provvedimenti cautelari possono essere revocati e modificati da parte del giudice istruttore della causa di merito, se si verificano mutamenti nelle circostanze<sup>(36)</sup>. Infine, il nesso di strumentalità si apprezza nella perdita di efficacia del provvedimento cautelare a seguito della pubblicazione della sentenza che accerta l'inesistenza del diritto<sup>(37)</sup>.

La disciplina del procedimento cautelare nel processo societario allenta il nesso di provvisorietà strumentale dei provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* e degli "altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito" sotto il primo aspetto segnalato nel capoverso precedente: essi non perdono efficacia se la causa di merito non è instaurata o si estingue<sup>(38)</sup>.

Con ciò tali misure si avvicinano alla categoria dei provvedimenti sommari semplificati esecutivi<sup>(39)</sup>, senza perdere il loro carattere cautelare, poiché presuppongono il *periculum in mora* e sono potenzialmente al servizio di un provvedimento definitivo.

Le misure cautelari esclusivamente conservative continuano ad essere assoggettate alla regola della strumentalità stretta: esse perdono efficacia se la causa di merito non è instaurata entro il termine perentorio o si estingue.

La distinzione tra provvedimenti cautelari conservativi ed anticipatori, saldamente acquisita alla cultura processuale italiana nel suo valore teorico-concettuale, acquista così un notevole rilievo di diritto positivo.

## 12. *Segue: disciplina processuale*

I provvedimenti cautelari a strumentalità allentata sono sottoposti alla disciplina del procedimento cautelare uniforme di cui agli artt. 669-*bis* e ss. c.p.c. in quanto compatibile<sup>(40)</sup>. Si accenna in estrema sintesi agli aspetti di diversità rispetto a quest'ultimo. Non si applica l'art. 669-*octies*, né l'art. 669-*novies*, comma 1. Il giudice provvede in ogni caso sulle spese e non solo in caso di pronuncia di rigetto dell'istanza, come previsto dall'art. 669-*septies*, comma 2<sup>(41)</sup>. Qualora il giudizio di merito non sia instaurato, la revoca o la modifica dell'ordinanza di accoglimento possono essere richieste al giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare e da questi concesse se si verificano mutamenti nelle circostanze<sup>(42)</sup>. L'esigenza di economia processuale che ha ispirato l'allentamento del nesso di strumentalità suggerisce di non limitare la nozione di mutamento delle circostanze alla modifica della realtà sostanziale posta alla base del provvedimento cautelare, ma di contemplare anche la possibilità

---

<sup>(35)</sup> Art. 669-*novies*, comma 1 c.p.c.

<sup>(36)</sup> Art. 669-*decies* c.p.c.

<sup>(37)</sup> Art. 669-*novies*, comma 3 c.p.c.

<sup>(38)</sup> Art. 23, commi 1 e 2 d. lgs. n. 5 del 2003. Nel prevedere che l'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia della misura cautelare, l'art. 23, comma 4 si riferisce letteralmente ai provvedimenti cautelari anteriori alla causa, secondo il tenore letterale della sua rubrica, ma l'interpretazione sistematica impone di estendere lo stesso trattamento ai provvedimenti cautelari rilasciati in corso di causa, di cui al successivo art. 24.

<sup>(39)</sup> Così, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, cit.

<sup>(40)</sup> Cfr. art. 23, comma 7 d. lgs. n. 5 del 2003.

<sup>(41)</sup> Cfr. art. 23, comma 2 d. lgs. n. 5 del 2003: stante la sua formulazione ("in ogni caso"), la norma si può estendere ai provvedimenti conservativi.

<sup>(42)</sup> Art. 23, comma 3, prima e seconda proposizione d. lgs. n. 5 del 2003.

di allegare nuove prove, rispetto a quelle dedotte nel procedimento di rilascio <sup>(43)</sup>. Possono essere concesse sulla base di circostanze anteriori, di cui però si sia acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare <sup>(44)</sup>. Contro tutti i provvedimenti in materia cautelare è dato il reclamo, da proporsi nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento <sup>(45)</sup>. Infine il reclamo e la revoca o modifica sono nettamente distinti, nel senso che i rispettivi motivi “non sono permeabili”: revoca o modifica possono essere richieste “esaurita l’eventuale fase di reclamo” <sup>(46)</sup> e le circostanze e i motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo devono essere proposti, nel rispetto del principio del contraddittorio, nel relativo procedimento <sup>(47)</sup>.

Mentre la pronuncia di rigetto del provvedimento cautelare ha una debole stabilità, poiché, indipendentemente dal reclamo, può sempre cedere dinanzi alla riproposizione dell’istanza, in cui siano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto <sup>(48)</sup>, la pronuncia di accoglimento ha una maggiore stabilità (o autorità, per impiegare il termine legislativo), che si appoggia alla preclusione delle circostanze conosciute ma non allegare nel procedimento cautelare. Esaurita la fase di reclamo, tale preclusione viene meno unicamente con l’instaurazione del processo a cognizione piena <sup>(49)</sup>. Sotto quest’ultimo profilo, nonostante il rinvio generale alla disciplina del procedimento cautelare uniforme, non è privo di utilità chiarificatrice il richiamo, per l’ipotesi in cui il giudizio di merito sia iniziato, all’applicazione dell’art. 669-*decies* c.p.c. <sup>(50)</sup>. In mancanza dell’instaurazione della causa di merito, il risultato prodottosi con l’attuazione del provvedimento cautelare si consolida in modo definitivo attraverso i meccanismi di stabilizzazione di diritto sostanziale (tipicamente, la prescrizione, l’usucapione) <sup>(51)</sup>. Un’ulteriore notevole diversità del procedimento cautelare societario rispetto al procedimento cautelare uniforme consiste nella possibilità, prevista in relazione alla domanda cautelare proposta nel corso della causa di merito, di definire quest’ultima con giudizio abbreviato, secondo un modello già previsto nel processo amministrativo dall’art. 21, comma 10 della l. n. 1034 del 1971 nel testo novellato dalla l. n. 205 del 2000 <sup>(52)</sup>.

---

<sup>(43)</sup> Per una nozione più ristretta, v. SALETTI, in *La riforma delle società. Il processo*, cit., p. 228.

<sup>(44)</sup> Art. 23, comma 3, terza proposizione d. lgs. n. 5 del 2003, che accoglie pertanto un’interpretazione restrittiva della nozione di “mutamenti nelle circostanze”. Cfr. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, loc. cit.

<sup>(45)</sup> Cfr. art. 23, comma 5 d. lgs. n. 5 del 2003, che risolve un problema controverso in passato, collegando la decorrenza del termine ad un atto dell’ufficio giudiziario e non ad un atto di parte, come la notificazione.

<sup>(46)</sup> Art. 23, comma 3, prima proposizione del d. lgs. n. 5 del 2003.

<sup>(47)</sup> Art. 23, comma 5, seconda proposizione d. lgs. n. 5 del 2003.

<sup>(48)</sup> Art. 669-*septies*, comma 1 c.p.c.

<sup>(49)</sup> Art. 26, comma 6 d. lgs. n. 5 del 2003: “in nessun caso l’autorità del provvedimento cautelare è invocabile in un diverso processo”.

<sup>(50)</sup> Cfr. art. 23, comma 4 d. lgs. n. 5 del 2003. Così anche, SALETTI, in *La riforma delle società. Il processo*, cit., p. 226.

<sup>(51)</sup> I meccanismi di stabilizzazione di diritto sostanziale cui si accenna nel testo operano in danno del diritto del destinatario passivo a vedere ripristinata la situazione precedente. Per quanto riguarda invece il diritto vantato dal ricorrente, all’interruzione della prescrizione che si verifica con la notificazione del ricorso introduttivo del procedimento cautelare si aggiunge l’effetto sospensivo solo se, prima della scadenza del termine, sia instaurata la causa di merito, diversamente l’art. 2945, comma 2 c.c. non si applica. Se il ricorrente fa valere un potere giuridico sottoposto a decadenza, impedita quest’ultima con la notificazione dell’atto introduttivo del procedimento cautelare (art. 2966 c.c.), la situazione rimane soggetta alle disposizioni che regolano la prescrizione (art. 2967 c.c.). Cfr. in tema CAPONI, *Gli impedimenti all’esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza*, indietro.

<sup>(52)</sup> All’udienza di comparizione il giudice designato “se ritiene che la causa sia matura per la decisione di merito senza bisogno di ulteriore assunzione di mezzi di prova ovvero che il giudizio sia comunque in condizione di essere definito, ne dà comunicazione alle parti presenti e le invita a precisare le rispettive conclusioni di rito e di merito; nella stessa udienza pronuncia sentenza, al termine della discussione” (art. 24, comma 4). L’art. 24, comma 6 prevede poi che la sentenza sia pronunciata a norma dell’art. 281-*sexies* c.p.c. ovvero, se la complessità della causa impedisca o renda difficoltosa la contestuale redazione della motivazione, dando

### 13. Definizione in rito del processo a cognizione piena e sorte del provvedimento cautelare a strumentalità attenuata

L'applicazione della disciplina del procedimento cautelare uniforme, in quanto compatibile, solleva il problema della sorte del provvedimento cautelare a strumentalità attenuata in conseguenza della sentenza che, nella causa di merito, rigetti la domanda per motivi di rito.

L'art. 669-*novies*, comma 3 c.p.c. prevede che il provvedimento cautelare perda la sua efficacia qualora con sentenza sia “dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso”. Non vi è dubbio che l'inefficacia colpisca le misure cautelari a strumentalità stretta, in conseguenza del rigetto della domanda per motivi di rito, sulla base di una sorta di argomento *a fortiori* che muove dalla considerazione della perdita di efficacia in caso di estinzione del processo.

La sopravvivenza del provvedimento cautelare all'estinzione del processo pone in termini nuovi il problema. È difficile risolverlo in via generale in un senso o nell'altro, né in questa sede si può intraprendere un'indagine analitica, che dovrebbe necessariamente appuntarsi sui singoli vizi processuali che possono condurre ad una pronuncia di rigetto per motivi di rito. In via di prima approssimazione si può sostenere che se il vizio accertato nella causa di merito colpisce anche il procedimento cautelare, la misura cautelare non può rimanere in piedi: ad esempio in caso di pronuncia di difetto di giurisdizione, di incompetenza, di difetto di legittimazione ad agire, di interesse ad agire.

Fra le ipotesi appena ricordate, un discorso a parte merita almeno quella della sentenza con il quale il giudice che ha emanato il provvedimento cautelare si dichiara incompetente a decidere la causa nel merito (<sup>53</sup>). In tal caso – si è sostenuto – “non v'è ragione per non aderire al prevalente orientamento secondo cui l'applicabilità dell'art. 50 c.p.c. comporta (in caso di tempestiva riassunzione) la salvezza della misura cautelare” (<sup>54</sup>). In realtà, il richiamo all'art. 50 c.p.c. con questo scopo prova troppo, poiché varrebbe a sancire la sopravvivenza della misura cautelare anche in caso di mancata riassunzione tempestiva, producendosi in tal caso quella estinzione del giudizio di merito (art. 50, comma 2 c.p.c.) che non determina l'inefficacia della misura cautelare. Più appropriato sembra – ma il tema sarebbe meritevole di un approfondimento esorbitante - richiamare l'art. 50 c.p.c. come espressione del principio secondo il quale la competenza, se non è requisito di validità della domanda giudiziale, è certamente requisito di validità dei provvedimenti del giudice (<sup>55</sup>), da cui si può far discendere la conclusione che il provvedimento cautelare emanato da un giudice successivamente dichiaratosi incompetente a conoscere del merito debba perdere la propria efficacia. *Prima facie* questa soluzione si presenta opportuna per contenere il fenomeno del *forum shopping* cautelare, che altrimenti potrebbe aggravarsi in regime di strumentalità attenuata.

Diversamente la misura cautelare è destinata a conservare la propria efficacia se il vizio processuale accertato nella causa di merito non tocca il provvedimento cautelare: ad esempio, quest'ultimo è completamente al riparo dalla nullità dell'atto di citazione introduttiva della causa di merito per un vizio attinente alla *vocatio in ius*.

---

lettura del dispositivo in udienza. In tal caso la motivazione deve essere depositata nei successivi quindici giorni. Il giudizio abbreviato (accanto ad altri ritocchi e modifiche, come la fissazione del *dies a quo* del termine per il reclamo e i dettagli della disciplina di quest'ultimo) desta peraltro sotto il profilo del rispetto della legge delega alcune perplessità, che non sono fugate dalla relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 5 del 2003, ove si tenta di condurlo entro l'alveo del procedimento sommario di cui all'art. 12, comma 2, lett. d) l. n. 366 del 2001.

(<sup>53</sup>) Non entrano in considerazione le ipotesi che costituiscono eccezione rispetto al principio della devoluzione anche delle misure cautelari chieste *ante causam* al giudice competente a conoscere la causa di merito (artt. 669-*ter*, commi 2 e 3; 669-*quater*, commi 3, 4, 5, 6; 669-*quinquies* c.p.c.).

(<sup>54</sup>) Così, OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam e in corso di causa nella riforma del processo societario*, cit., p. 9.

(<sup>55</sup>) Così PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 269 ss., p. 271.

#### 14. *Modelli europei di giustizia accelerata in funzione di economia processuale*

Descritti nei loro lineamenti il procedimento sommario di cognizione e il procedimento cautelare nel processo societario, li si possono inserire nel quadro dei modelli di procedimenti speciali predisposti, in alcuni fra i più significativi ordinamenti giuridici dei paesi dell'Unione europea (principalmente la Francia, la Germania, l'Inghilterra), in funzione di accelerazione della tutela giurisdizionale e di economia processuale rispetto al corso del processo ordinario di cognizione.

Nel riferirsi ai modelli europei di procedimenti speciali si offrono vari criteri ordinatori, che potrebbero raggrupparsi in due tipi. Il primo si impernia sulle diversità che i procedimenti speciali o i relativi provvedimenti finali esibiscono rispetto al processo ordinario di cognizione (disciplina del procedimento, contenuto del provvedimento, tipo di stabilità dei suoi effetti). Il secondo tipo si impernia sulle diversità dei motivi che inducono ad accelerare la tutela giurisdizionale rispetto al processo ordinario di cognizione (economia processuale, evitare l'abuso del processo, effettività della tutela giurisdizionale).

La scelta del criterio da impiegare può proficuamente orientarsi all'intento di cogliere nel modo migliore i tratti di novità che la tutela sommaria esibisce nel processo societario. Da uno sguardo d'insieme si intravedono le tappe di un'evoluzione verso un sistema di tutela giurisdizionale accelerata diretto ad evitare o ad abbreviare il corso ordinario dei processi a cognizione piena (sistema che è prefigurato nei capi XV e XVI del disegno di legge delega per l'attuazione di modifiche al codice di procedura civile, approvato dal governo nell'ottobre 2003, ed elaborato dalla commissione presieduta dal prof. Romano Vaccarella). L'economia processuale, che rappresenta tradizionalmente solo una delle esigenze a cui risponde l'accelerazione della tutela giurisdizionale, tende ad assorbire in sé anche le altre. In altri termini, l'esigenza di evitare l'abuso del processo, nonché l'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale inclinano a perdere autonomia, non sono contemplate isolatamente, ma sono prese in considerazione più frequentemente in coppia con l'economia processuale.

Nel cogliere questi tratti alla luce dei modelli europei, appaiono preferibili quelli che si orientano al tipo di stabilità degli effetti del provvedimento, distinguendo tra i provvedimenti idonei a conseguire la cosa giudicata (*chose jugée*, *Rechtskraft*, *res judicata*), cioè idonei a dettare una disciplina tendenzialmente definitiva, e i provvedimenti provvisori, cioè non idonei a reggere in modo definitivo i propri effetti<sup>(56)</sup>. Questa alternativa è accreditata anche nella letteratura europea<sup>(57)</sup>.

La propensione degli ordinamenti europei verso l'uno o l'altro di questi modelli di procedimento sommario dipende da fattori storicamente sedimentati di mentalità, di costume, di cultura. Le diverse tecniche adottate si collocano su un piano le cui estremità sono segnate dal procedimento monitorio (contraddittorio posticipato e - nonostante ciò - provvedimento idoneo al giudicato) e il *référé* (contraddittorio anticipato e - nonostante ciò - provvedimento provvisorio).

#### 15. *Procedimento sommario di cognizione in prospettiva europea*

Il quadro appena delineato consente in primo luogo di valutare l'affermazione, contenuta nella relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 5 del 2003, secondo la quale il procedimento sommario di

---

<sup>(56)</sup> Poiché non si può attingere a una unitaria definizione europea di definitività degli effetti, essa (e, per converso, la definizione di provvisorietà) si orienta all'ordinamento nazionale di volta in volta preso in considerazione ed esprime il massimo grado di stabilità conseguibile da un provvedimento giurisdizionale in quell'ordinamento. Differenze notevoli si registrano anche intorno ai limiti oggettivi del giudicato. Cfr. ZEUNER, *Rechtsvergleichende Bemerkungen zur objektiven Begrenzung der Rechtskraft im Zivilprozeß*, in *Festschrift für K. Zweigert*, Tübingen, 1981, p. 603 ss.; STÜRNER, *Rechtskraft in Europa*, in *Festschrift für Rolf Schütze*, München, 1999, p. 913.

<sup>(57)</sup> Cfr. STÜRNER, *Einstweiliger Rechtsschutz*, *General Bericht* presentato al colloquio tenutosi a Bruxelles nei giorni 26 e 27 ottobre 2001 per iniziativa dell'Associazione internazionale di diritto processuale e del Centro interuniversitario belga di diritto processuale, ora in *Procedural Laws in Europe – Towards Harmonisation*, a cura di M. Storme, Antwerpen, 2003, p. 143-186.

cognizione nel processo societario rinviene il proprio modello di riferimento nel *référé* di cui agli artt. 808 ss. del codice di procedura civile francese. In realtà le differenze con il rimedio francese – sottolineate dalla stessa relazione – finiscono con il prevalere sulle somiglianze, se si prescinde dai comuni tratti della esecutività e della provvisorietà.

Le differenze cominciano con la cornice sistematica: i *référés* si raccolgono in un vero e proprio sistema di misure provvisorie atipiche, mentre il procedimento sommario *ex art.* 19 non attenua certamente il tratto di tipicità dei procedimenti speciali nell'ordinamento italiano. Al paragone si offre indubbiamente il *référé provision*, attraverso il quale si accorda tutela al titolare di crediti pecuniari *dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable*, senza necessità che vi sia urgenza di provvedere<sup>(58)</sup>. Accanto all'ipotesi in cui siano provati i fatti costitutivi del credito e risultino manifestamente infondate le eccezioni, nell'indicare l'impossibilità di una seria contestazione, la formula legislativa sembra dischiudere la possibilità di ottenere un provvedimento di accoglimento della domanda sulla base di un giudizio di verosimiglianza, cioè sulla base della corrispondenza delle allegazioni dell'attore all'*id quod plerumque accidit*, al corso normale degli eventi in quel settore dell'esperienza<sup>(59)</sup>. Nel delineare in Italia i presupposti per la concessione del provvedimento, si è evitato di riprodurre questo pur fortunato testo legislativo straniero. Atteggiamento opportuno: il successo all'estero non è garanzia di successo in Italia; importare una formulazione legislativa non significa importare la cultura che sostiene e vivifica quella formulazione.

Diversità con il *référé* si colgono anche sotto il profilo procedimentale: il passaggio ad un rito a cognizione piena, in particolare alla *procédure d'urgence a jour fixe*<sup>(60)</sup>, è subordinata in Francia all'iniziativa di parte<sup>(61)</sup>, mentre in Italia è disposta d'ufficio. Inoltre la pronuncia d'appello sull'ordinanza di *référé* non è idonea al giudicato<sup>(62)</sup>, mentre in Italia lo è (quando abbia carattere sostitutivo), operandosi così una commistione tra i due ricordati modelli europei di stabilità degli effetti del provvedimento sommario.

In realtà, se si fosse ammessa la possibilità di emanare un'ordinanza di rigetto per manifesta infondatezza della domanda dell'attore (così come era possibile alla stregua del testo legislativo anteriore alla già segnalata modifica apportata dal d. lgs. n. 37 del 2004), si sarebbero offerti al paragone anche altri rimedi stranieri, ispirati all'idea di accelerare il corso del processo in presenza di una difesa pretestuosa o di un'azione temeraria, se il modo di essere della situazione sostanziale fatta valere in giudizio è immediatamente evidente. In questo modo il procedimento sommario di cognizione sarebbe stato diretto ad impedire l'abuso del processo (da parte dell'attore o del convenuto) e non già unicamente ad impedire l'abuso del diritto di difesa da parte del convenuto.

Tale idea è realizzata ad esempio nel *summary judgment* inglese. Nella disciplina risultante dalle nuove *Rules of civil procedure* del 1998, su istanza di parte o anche d'ufficio, il giudice può emanare una sentenza sommaria nel caso in cui egli accerti, per lo più sulla base di dichiarazioni giurate (*affidavit*), che l'attore non abbia "alcuna reale possibilità di vincere sulla domanda" o che il convenuto "non abbia alcuna reale possibilità di difendersi con successo contro la domanda", che cioè una delle due parti sia priva di una reale prospettiva di successo al dibattimento (*no real prospect of success at*

---

<sup>(58)</sup> Art. 809, comma 2 *nouveau c.p.c.*

<sup>(59)</sup> Una conferma di questa prospettiva può ricavarsi dall'esame del caso relativo alla pretesa al risarcimento del danno avanzata nei confronti di un centro trasfusionale da un soggetto infettato da HIV, che negli anni 1983-1985 aveva ricevuto molteplici trasfusioni di sangue non sottoposto al trattamento necessario per renderlo più sicuro. La *Cour de cassation* ha ritenuto che, in assenza di prova che la vittima era stata contaminata da altri fattori, non poteva contestarsi il nesso di causalità tra le trasfusioni e la contaminazione e pertanto doveva concedersi la provvisoria. Così, Cass. civ. 20 luglio 1993, in *Dalloz*, 1993, *I.R.*, p. 186, riferita da C. SILVESTRI, *Il sistema francese dei "référés"*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 4 ss., spec. c. 15.

<sup>(60)</sup> Artt. 788 ss. *nouveau c.p.c.*

<sup>(61)</sup> Art. 811 *nouveau c.p.c.*

<sup>(62)</sup> Art. 488 *nouveau c.p.c.*

trial) <sup>(63)</sup>. Rispetto al procedimento sommario ex art. 19 d. lgs. 5 del 2003, il *summary judgment* presenta peraltro la radicale differenza che il provvedimento finale consegue la *res judicata* <sup>(64)</sup>.

In sintesi, se è vero che l'introduzione del procedimento sommario di cognizione nel processo societario sottende l'idea che la tutela giurisdizionale dei diritti non debba necessariamente sfociare in un accertamento con autorità di cosa giudicata, è altrettanto vero che aspetti rilevanti della sua disciplina, nonché un notevole orientamento dottrinale nel frattempo già maturato, si frappongono alla coerente attuazione di questa concezione, rimanendo abbacinati dal mito del giudicato. Fra questi ostacoli si possono segnalare in primo luogo la trasformazione d'ufficio del procedimento sommario nel processo a cognizione piena, in tutti i casi in cui non ci siano i presupposti per rilasciare l'ordinanza di condanna: l'idea del giudicato, per di più *iussu iudicis*, è tornata a prevalere sull'esigenza di una più rapida definizione del processo. Sulla stessa linea si registra la previsione di un secondo grado a cognizione piena. Infine appare orfana del giudicato la stessa idea dottrinale che la stabilità dell'ordinanza di condanna non impugnata possa ricondursi alla preclusione *pro iudicato*.

#### 16. Strumentalità attenuata dei provvedimenti cautelari in prospettiva europea

Nel quadro dei modelli europei è possibile individuare saldi punti di riferimento dell'allentamento del nesso di strumentalità dei provvedimenti cautelari. Ad esempio non è necessario instaurare il processo a cognizione piena in Francia con il *référé* o in Germania con le *einstweilige Verfügungen*. Da questa prospettiva appare anzi piuttosto sorprendente che questa novità sia stata limitata ai provvedimenti anticipatori.

Preferibile sarebbe stato attenuare il nesso di strumentalità di tutti i tipi di misure cautelari, come suggeriscono argomenti tratti non solo dalla comparazione con altri ordinamenti, ma anche dalla funzione cui obbedisce la modifica legislativa, nonché dall'opportunità.

Riforme di questa specie consentono alla tutela cautelare di assolvere non solo alla funzione di effettività della tutela giurisdizionale, ma anche di economia dei giudizi, evitando che all'emanazione del provvedimento cautelare debba sempre seguire, pena l'inefficacia del provvedimento, un processo a cognizione piena.

Orbene, se nel disporre l'allentamento del nesso di strumentalità il legislatore ha avuto di mira essenzialmente l'economia dei giudizi, mal si comprende che non lo abbia esteso ai provvedimenti conservativi. Se è vero infatti che questi ultimi non soddisfano immediatamente l'interesse sostanziale protetto dal diritto fatto valere dall'attore, è altrettanto vero che la concessione di un provvedimento cautelare che si basa sul *fumus boni iuris*, anticipando inevitabilmente alcune argomentazioni giuridiche attinenti alla decisione di merito, può indurre chi la subisce ad una maggiore disponibilità verso una composizione stragiudiziale della controversia, nella convinzione di non poter ribaltare l'esito della controversia nel processo a cognizione piena. Poco importa quanto frequentemente ciò accada in pratica: in ogni caso si tratterebbe di una percentuale di casi guadagnata ad una prospettiva di economia processuale. La pressione psicologica esercitata sul destinatario passivo dal rilascio di una misura cautelare che anticipa alcune argomentazioni giuridiche attinenti alla decisione di merito è un dato di fatto ineliminabile, che non si esorcizza imponendo all'attore di instaurare la causa di merito. Tanto varrebbe trarne vantaggio in termini di economia processuale, invitando semmai il giudice a ridurre la sommarietà in punto di valutazione del *fumus*, per quanto ciò sia compatibile con l'urgenza del provvedere.

---

<sup>(63)</sup> Cfr. Part 24 CPR. Per un profilo storico del *summary judgment*, v. GORLA, *Procedimenti sommari nel diritto anglo-americano*, in Riv. dir. proc., 1967, p. 56 ss.

<sup>(64)</sup> Un altro punto di riferimento dell'indagine comparatistica in questo campo potrebbe essere il procedimento sommario che ha per presupposto il *klares Recht*, previsto in vari ordinamenti processuali dei cantoni svizzeri. In tema v. MEIER, *Rechtsschutz im summarischen Verfahren als Alternative zum ordentlichen Zivilprozess im schweizerischen Recht*, Bonn, 1997.

Infine, a favore di un allentamento del nesso di strumentalità di tutti i tipi di misure cautelari militerebbero ragioni di opportunità. Preferibile sarebbe stato infatti evitare al ricorrente l'onere di distinguere tra provvedimenti anticipatori e conservativi, poiché nell'incertezza egli propenderà per l'instaurazione della causa di merito, vanificandosi in tal caso l'obiettivo di economia processuale perseguito con la modifica legislativa <sup>(65)</sup>.

#### 17. Distinzione tra provvedimenti cautelari conservativi ed anticipatori in prospettiva europea

Premesso ciò, la distinzione tra provvedimenti cautelari conservativi e anticipatori ai fini dell'attuazione del rapporto di strumentalità è ormai un dato di diritto positivo con cui si deve fare i conti. L'esigenza di evitare per quanto è possibile soluzioni incerte, a costo di qualche semplificazione, impone di rimeditare la distinzione teorica. Prima di rileggere le pagine di Piero Calamandrei che hanno contribuito in modo determinante alla sua elaborazione, conviene allargare lo sguardo all'esperienza europea, o meglio: a quanto di essa si è trasfuso nella stesura del titolo relativo alle misure provvisorie ad opera del gruppo di lavoro presieduto da Marcel Storme e incaricato dalla Commissione europea all'inizio degli anni '90 del secolo XX di elaborare un progetto di armonizzazione comunitaria del diritto processuale civile <sup>(66)</sup>.

Quanto ai tipi di contenuto dei provvedimenti provvisori, l'esperienza europea ne esprime fondamentalmente tre.

In una prima categoria si collocano i provvedimenti cautelari che conservano la situazione di fatto e di diritto al fine di assicurare la futura esecuzione forzata. Tipicamente si tratta dell'esecuzione forzata degli obblighi di dare (pagare somme di denaro, consegnare o rilasciare beni), per cui conservare la situazione di fatto e di diritto significa essenzialmente neutralizzare il pericolo di alienazione o di dispersione di beni che possono essere oggetto del futuro processo esecutivo. Esempi: *saisie conservatoire* nell'ordinamento francese, *Arrest* e *Sicherungsverfügung* nell'ordinamento tedesco, *freezing injunction* in Inghilterra. I provvedimenti conservativi costituiscono il nucleo originario dei provvedimenti cautelari, che pertanto sono stati considerati a lungo, specie dalla dottrina tedesca, come un'appendice dell'esecuzione forzata <sup>(67)</sup>.

In una seconda categoria rientrano i provvedimenti di regolamentazione di uno stato provvisorio, disciplinati nei vari ordinamenti attraverso clausole generali o norme speciali, ad esempio, *référé de remise en état* in Francia <sup>(68)</sup>, *Regelungsverfügung* in Germania <sup>(69)</sup>. In particolare l'ordinamento tedesco conosce la clausola generale di cui al § 940 Zpo, secondo la quale «provvedimenti provvisori sono ammissibili anche allo scopo di disciplinare uno stato provvisorio in relazione ad un rapporto

---

<sup>(65)</sup> Così, COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, cit.

<sup>(66)</sup> Cfr. *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, a cura di M. Storme, cit., p. 106; ma si veda anche STÜRNER, *Einstweiliger Rechtsschutz, General Bericht*, cit. Nell'analisi comparatistica delle misure provvisorie punto di riferimento è ancora, sotto molti aspetti, il colloquio internazionale su *Les mesures provisoires en procédure civile*, tenutosi a Milano nel 1984 per iniziativa di Giuseppe Tarzia, cit. In tema v. anche COMOGLIO, FERRI, *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 963 ss.

<sup>(67)</sup> Nell'ordinamento tedesco la disciplina dei provvedimenti cautelari è contenuta tuttora nella quinta sezione dell'ottavo libro della *Zivilprozessordnung*, dedicato all'esecuzione forzata. Cfr. TARZIA, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, cit., p. 244.

<sup>(68)</sup> In Francia v. l'art. 809, comma 1 *nouveau c.p.c.* che dispone il *référé de remise en état*: *Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite*. Per un più ampio discorso su queste disposizioni, v. C. SILVESTRI, *Il sistema francese dei "référé"*, cit., c. 9.

<sup>(69)</sup> Cfr. § 940 ZPO. Si rinvia a CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, avanti. Dalla rubrica di questa disposizione (*Regelung eines einstweiligen Zustandes*) si è tratta ispirazione nel parlare di provvedimenti di regolazione di uno stato provvisorio.

giuridico controverso, qualora tale disciplina, specialmente con riguardo a rapporti giuridici durevoli nel tempo, appaia necessaria ad evitare notevoli pregiudizi, ad impedire un'incombente violenza o per altri motivi». Gli esempi di tali provvedimenti riguardano la sospensione della costruzione di nuove opere, la disciplina provvisoria di rapporti inerenti ad un gruppo o di una comunità (famiglia, associazioni, società, ecc.) o di aspetti relativi allo svolgimento di un rapporto di durata <sup>(70)</sup>.

Una terza categoria comprende i provvedimenti provvisori che soddisfano immediatamente, in modo parziale o totale, l'interesse protetto dal diritto fatto valere. Essi possono rispondere a due distinte esigenze. Da un lato vi può essere l'urgenza di provvedere per scongiurare il pericolo che il diritto subisca pregiudizio per il fatto di rimanere in stato di insoddisfazione nel tempo necessario ad ottenere il provvedimento di tutela al termine del processo a cognizione piena: tale esigenza è soddisfatta da provvedimenti cautelari che hanno a loro volta un contenuto diverso, a seconda dell'obbligo da attuare (dare, fare, astenersi): come la *Befriedigungsverfügung* nell'ordinamento tedesco, l'*interlocutory injunction* nell'ordinamento inglese, il *référé classique* nell'ordinamento francese <sup>(71)</sup>. Dall'altro lato vi può essere l'esigenza di emanare un provvedimento esecutivo, conseguendo economia processuale ed evitando l'abuso del diritto di difesa da parte del convenuto nei casi in cui manchi una contestazione effettiva, prescindendo dall'urgenza di provvedere: si pensi, nell'ordinamento francese, al *référé provision* e al *référé-injonction*, che accordano tutela ai crediti pecuniari e ai crediti ad una prestazione di fare, come si è già ricordato, *dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable* <sup>(72)</sup>.

#### 18. Segue: distinzione nel pensiero di Piero Calamandrei

La tripartizione compiuta nel paragrafo precedente consente di riconsiderare le differenziazioni delineate da Piero Calamandrei in relazione al contenuto dei provvedimenti cautelari da un angolo visuale che si rivela utile ad offrire un criterio notevolmente certo, ancorché semplificato, di distinzione tra provvedimenti conservativi ed anticipatori.

Calamandrei distingue provvedimenti istruttori anticipati, provvedimenti volti ad assicurare l'esecuzione forzata, provvedimenti volti ad anticipare i provvedimenti decisori, cauzioni processuali <sup>(73)</sup>. A parte le cauzioni processuali, che sono una *species* dei provvedimenti volti ad assicurare l'esecuzione forzata (della condanna al risarcimento dei danni prodotti dall'esecuzione di un provvedimento cautelare rivelatosi infondato) <sup>(74)</sup>, ed i provvedimenti di istruzione preventiva (che non ci interessano in questa sede), fondamentale è la bipartizione tra provvedimenti conservativi (della fruttuosità pratica dell'esecuzione forzata) e provvedimenti anticipatori (di provvedimenti decisori).

Nel delineare i tratti di questa seconda categoria, Calamandrei non compie rilievi comparatistici, ma è evidente la corrispondenza con i provvedimenti di disciplina di uno stato provvisorio, particolarmente nel profilo che essi ricevono nell'ordinamento tedesco: "rientrano in questo terzo gruppo quei provvedimenti con cui si decide interinalmente, in attesa che attraverso il processo ordinario si perfezioni la decisione definitiva, un rapporto controverso, dalla indecisione del quale, se questa perdu-

---

<sup>(70)</sup> Per un quadro, v. STÜRNER, *Der einstweilige Rechtsschutz in Europa*, in *Festschrift für K. Geiß*, Köln, 2000, 1999, p. 206.

<sup>(71)</sup> Cfr. 808 *nouveau c.p.c.*

<sup>(72)</sup> Art. 809, comma 2 *nouveau c.p.c.* Cfr. PERROT, *Les mesures provisoires en droit français*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, cit., p. 149, p. 164; JOMMI, *Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il référé provision*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 121 ss., p. 145; C. SILVESTRI, *Il sistema francese dei référés*, cit., c. 9. Secondo un indirizzo giurisprudenziale costante la "provvisoriale" può coincidere con l'intero credito pecuniario vantato. Cfr. Cass. comm. 20 gennaio 1981, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1981, p. 679 ss., con nota di NORMAND. Il *référé-injonction* è stato introdotto con il decreto n. 85-1330 del 17 dicembre 1985.

<sup>(73)</sup> Cfr. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 31 ss.

<sup>(74)</sup> Così, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 45, che ravvede l'utilità di una distinta menzione delle cauzioni processuali nella loro funzione di controcautela.



rasse fino all'emanazione del provvedimento definitivo, potrebbero derivare a una delle parti irreparabili danni" <sup>(75)</sup>. Fra i casi tipici di questa categoria Calamandrei comprende tra gli altri le denunce di nuova opera e di danno temuto, i provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole nel processo di separazione personale tra i coniugi, l'assegno provvisorio di alimenti, il sequestro delle cose che un debitore offre per la sua liberazione. In questo terzo gruppo "il provvedimento cautelare consiste proprio in una decisione anticipata e provvisoria del merito, destinata a durare fino a che a questo regolamento provvisorio del rapporto controverso non si sovrapporrà il regolamento stabilmente conseguibile attraverso il più lento processo ordinario" <sup>(76)</sup>. L'elemento che accomuna provvedimenti compresi in questa categoria è il pericolo da tardività <sup>(77)</sup>.

### 19. *Segue: ipotesi ricostruttiva*

Si intuisce a questo punto la tesi che si intende proporre per risolvere il problema di distinguere tra provvedimenti cautelari conservativi e anticipatori ai fini dell'attenuazione del rapporto di strumentalità. A parte i provvedimenti cautelari che servono esclusivamente a conservare la situazione di fatto e di diritto in vista di una futura esecuzione forzata, tutti gli altri provvedimenti ricadono nella categoria dei provvedimenti anticipatori o di regolamentazione provvisoria, e così nella regola della strumentalità attenuata. Rientrano in questa seconda categoria, per citare alcuni esempi tratti dalla materia societaria: la sospensione delle delibere assembleari (art. 2378, comma 3 c.c.), la sospensione dell'esclusione del socio nelle società di persone (art. 2287, comma 2 c.c.), la revoca degli amministratori delle s.r.l. (art. 2476, comma 3 c.c.) <sup>(78)</sup>. Notevole è la semplificazione che si consegue: l'onere di instaurare la causa di merito entro il termine perentorio ricadrebbe praticamente solo sul ricorrente che ha ottenuto un sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c. o un sequestro giudiziario di beni ex art. 670, n. 1 c.p.c.

Del resto sulla strada di questa semplificazione si è collocato lo stesso legislatore, dal momento che ha assoggettato all'allentamento del nesso di strumentalità, da un lato, i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. (senza distinguere a seconda del loro contenuto), dall'altro lato, gli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito. La mancata distinzione tra provvedimenti d'urgenza conservativi ed anticipatori, abbinata alla nozione di anticipazione degli effetti della decisione di merito, conferma l'ampiezza della categoria, in cui rientrano le misure cautelari che regolamentano provvisoriamente dei tratti della situazione controversa, anticipando un qualche aspetto della disciplina definitiva o anche semplicemente creando una disciplina intermedia (ad esempio, ordini, divieti, limitazioni di poteri, sospensione degli effetti di un atto, ecc.). Sono stati pertanto collocati opportunamente in questa categoria tutti i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.

Da questo angolo visuale, comprendere lo stesso sequestro giudiziario di beni nel novero dei provvedimenti cautelari puramente conservativi, pur in presenza di una norma così generosa nell'attribuire al giudice il potere di dettare criteri e limiti dell'amministrazione delle cose sequestrate come l'art. 676 c.p.c., appare il frutto di una semplificazione, se non in taluni casi di una finzione <sup>(79)</sup>, che è plausibile prospettare, oltre che come omaggio alla tradizione <sup>(80)</sup>, soprattutto nell'interesse di mantenere certa la situazione giuridica in cui si trova il ricorrente rispetto all'onere di instaurare la causa di merito <sup>(81)</sup>.

---

<sup>(75)</sup> Così, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 38.

<sup>(76)</sup> Così, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 38 s.

<sup>(77)</sup> Così, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 56 s.

<sup>(78)</sup> Su quest'ultima v. l'approfondimento di OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam e in corso di causa nella riforma del processo societario*, cit., p. 3 ss.

<sup>(79)</sup> Per una analoga considerazione, v. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, cit.

<sup>(80)</sup> Cfr. CAPONI, *Il sequestro giudiziario di beni nel processo civile*, Milano, 2000.

<sup>(81)</sup> È appena il caso di precisare che, in presenza dell'art. 669-octies, comma 2 c.p.c., il ricorrente non può affidarsi alla mancata fissazione del termine per l'instaurazione della causa di merito da parte del giudice. Parimenti prevale il regime legislativo nel caso opposto di erronea fissazione del termine. Così, SALETTI, in

Così concepita, la distinzione tra provvedimenti conservativi e provvedimenti anticipatori facilita il dialogo con un osservatore europeo, avvezzo alla tripartizione prima delineata, come è attestato dal fatto che, nel processo civile tedesco, il § 940 ZPO, rivolto alla disciplina di uno stato provvisorio, è frequentemente invocato come fondamento normativo anche della categoria dei provvedimenti provvisori che soddisfano immediatamente l'interesse protetto dal diritto fatto valere in giudizio (cioè le *Leistungsverfügungen* o *Befriedigungsverfügungen*) <sup>(82)</sup>.

## 20. Tensione verso il giudicato nei procedimenti sommari in Italia

Come anticipato all'inizio, la disciplina del procedimento sommario di cognizione e del procedimento cautelare nel processo societario batte in breccia l'idea che la tutela giurisdizionale dei diritti debba necessariamente sfociare in un accertamento con autorità di cosa giudicata. A tale idea si ispira invece, in modo notevolmente più intenso in confronto con i modelli europei, la maggior parte dei procedimenti speciali previsti nella giurisdizione contenziosa cognitiva italiana.

Lo conferma una breve rassegna dell'impianto legislativo e del diritto vivente. Così è per i procedimenti sommari non cautelari: si considerino ad esempio l'equiparazione dell'esecutività del decreto ingiuntivo non opposto al giudicato sostanziale <sup>(83)</sup>, nonché gli effetti dell'ordinanza di convalida di sfratto <sup>(84)</sup>. Così è per i procedimenti sommari cautelari, in quanto essi perdono efficacia se il processo a cognizione piena non è tempestivamente iniziato o si estingue. Così è per il procedimento possessorio, in quanto esso sbocca secondo la concezione dominante in un accertamento idoneo al giudicato sul merito possessorio <sup>(85)</sup>. Così è per il procedimento camerale su diritti, in quanto esso sfocia secondo la concezione dominante in un provvedimento idoneo al giudicato.

Questa idea è un riflesso della concezione che vede lo scopo del processo essenzialmente nell'attuazione del diritto oggettivo nel caso concreto. Vedere nella amministrazione della giustizia una funzione essenziale propria dello Stato moderno al servizio della realizzazione della volontà della legge, con i crismi della relativa incontestabilità sul piano del diritto sostanziale e nel corso dei futuri processi, significa rendersi interpreti di una tradizione alta e ricca di prestigio, ma significa altresì relegare piuttosto sullo sfondo l'utilità che gli individui si ripromettono di conseguire nel momento in cui intraprendono un processo. Tale utilità campeggia viceversa nella concezione della giustizia civile come servizio pubblico rivolto alla composizione delle controversie <sup>(86)</sup>. Dominante in questa prospettiva è proprio l'utilità aspirata da chi agisce in giudizio, che non si consegue necessariamente solo attraverso un'attuazione della giurisdizione culminante nel giudicato.

## 21. Tutela giurisdizionale dei diritti e giudicato

---

*La riforma delle società. Il processo*, cit., p. 226. In senso contrario, TISCINI, *I nova del procedimento cautelare societario: la cd. strumentalità attenuata e il cd. giudizio abbreviato*, cit., p. 9, fa appello al principio di affidamento delle parti: ciò implicherebbe che ci si trovi dinanzi ad una mancata istruzione data dal giudice alle parti, ma così non è. Per un più ampio discorso sul punto si rinvia a CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, p. 255 ss.

<sup>(82)</sup> Cfr. CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, avanti.

<sup>(83)</sup> Cfr. Cass. 24 novembre 2000, n. 15178, in *Foro it.*, 2001, I, c. 914. Spunti di critica dell'opinione dominante in RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, p. 59, p. 572.

<sup>(84)</sup> Se l'ordinanza di convalida è emessa fuori dei limiti oggettivi segnati dagli art. 657 e 658 c.p.c., in assenza delle condizioni previste dall'art. 663 c.p.c., ovvero in mancanza di un presupposto generale di ammissibilità del procedimento speciale, assume valore di sentenza ed è perciò impugnabile con l'appello: così, Cass. 11 gennaio 2001, n. 332, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Sfratto*, n. 2.

<sup>(85)</sup> Cfr. Cass. 24 febbraio 1998, n. 1984, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1054 ss., con nota di CIVININI.

<sup>(86)</sup> Sull'alternativa tra il processo come risoluzione dei conflitti e il processo come attuazione delle scelte politiche, v. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority* (1986), ed. italiana a cura di M. Taruffo, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991, p. 173 ss., spec. p. 249 ss.

L'evoluzione segnata dai nuovi profili della tutela sommaria nel processo societario non è in contrasto con i principi costituzionali. La Costituzione richiede che la tutela giurisdizionale dei diritti possa sempre avvenire in un processo a cognizione piena destinato a concludersi con un provvedimento avente attitudine al giudicato formale e contenente un accertamento idoneo al giudicato sostanziale. Così ad esempio, ricordando un caso che ha destato perplessità in dottrina, un'interpretazione conforme a Costituzione impone che all'esperimento dell'azione civile contro la discriminazione ex art. art. 44 d. lgs. n. 286 del 1998 possa sempre fare seguito un processo a cognizione piena sull'esistenza del diritto a non essere discriminati <sup>(87)</sup>.

Ciò non implica però che la giurisdizione contenziosa debba sempre mirare alla formazione del giudicato <sup>(88)</sup>. Nella sua discrezionalità, senza contrastare con il valore della cognizione piena e del giudicato, la legge può prevedere che taluni diritti possano essere fatti valere non solo in processi a cognizione piena, ma anche in processi sommari che sfociano in provvedimenti non idonei a dettare una disciplina incontestabile del rapporto controverso. Le garanzie costituzionali, se non incidono sull'*an*, incidono però sul *quomodo* di una tutela che non sfocia in un provvedimento idoneo al giudicato: in particolare, la garanzia del diritto di difesa richiede che il contraddittorio sia anticipato rispetto al rilascio del provvedimento sommario e che quest'ultimo debba essere reclamabile, sulla falsariga della disciplina dei provvedimenti cautelari (art. 669-terdecies c.p.c.) <sup>(89)</sup>.

Tuttavia la realizzazione della garanzia costituzionale del giusto processo è da cogliere non già nella – pur sacrosanta – necessità di contemperare le esigenze di celerità del procedimento sommario con il rispetto del diritto di difesa delle parti, bensì – anche e soprattutto – nella possibilità di instaurare successivamente (in via di opposizione all'esecuzione del provvedimento o in un autonomo processo) il giudizio a cognizione piena, cioè con forme e termini predeterminati dalla legge, e non affidati tendenzialmente al potere discrezionale del giudice <sup>(90)</sup>.

Accolta questa prospettiva, dovrebbe essere affidata alle parti la valutazione dell'opportunità di far seguire al procedimento sommario (cautelare o meno) il processo a cognizione piena. Esistono certamente delle situazioni sostanziali che mal si prestano ad essere tutelate in una forma provvisoria, sganciata da una prospettiva di stabile accertamento: ad esempio, quando la controversia cade sull'esistenza di uno *status* o di una situazione sostanziale durevole nel tempo connotata da tratti di staticità (ad esempio, rapporti reali), quando la controversia cade in materia di circolazione di beni

---

<sup>(87)</sup> Il problema è affrontato da SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 805 ss., spec. p. 828, in nota 34; SANTAGADA, *La tutela giurisdizionale dei diritti dello straniero nel testo unico sull'immigrazione*, in *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2001, p. 341 ss., spec. p. 364.

<sup>(88)</sup> Così, DENTI, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, sub art. 111, Bologna – Roma, 1987, p. 21 ss.; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 393 ss., spec. p. 402; ID., *Verso la riforma del codice di procedura civile? Prospettive in tema di processi a cognizione piena e sommaria in un recente disegno di legge delega*, in *Foro it.*, 1981, V, c. 226 ss., spec. c. 244. V. però, nel senso che la tutela giurisdizionale dei diritti con statuizioni dotate dell'autorità di cosa giudicata sia protetta da garanzia costituzionale (ancorata al ricorso in cassazione ex art. 111 Cost.), CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 395 ss.; ID., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 43 ss.; nonché gli scritti di LANFRANCHI, fra i quali da ultimo v. il saggio introduttivo in *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, cit.

<sup>(89)</sup> Così, CIPRIANI, CIVININI, PROTO PISANI, *Una strategia per la giustizia civile nella XIV legislatura*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 81 ss., spec. c. 83. Su questo problema è incentrato il contributo di BALENA, *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1541 ss. L'introduzione del reclamo attraverso la Novella del 1990 raccoglie i voti della dottrina precedente, v. tra gli altri TARZIA, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, cit., p. 251 ss.; CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, "sentenza anticipata" e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 680 ss., spec. p. 723.

<sup>(90)</sup> Cfr. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, cit., p. 402. Per una diversa impostazione, v. MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 6 ss., p. 11.

infungibili, quando si tratti di assicurare la stabilità dei rapporti societari <sup>(91)</sup>. È difficile pervenire però ad una tipizzazione legislativa delle ipotesi in cui, sorta una controversia, si debba aspirare necessariamente ad un accertamento con autorità di cosa giudicata.

Si conferma pertanto come inopportuna l'idea di trasformare d'ufficio un procedimento sommario avviato dalla parte per ottenere un provvedimento di tutela non idoneo al giudicato in un processo a cognizione piena, come accade nel procedimento sommario di cognizione previsto nel rito societario. Positiva deve essere invece la valutazione della possibilità, prevista in relazione alla domanda cautelare proposta nel corso della causa di merito, di definire quest'ultima con giudizio abbreviato. A differenza dell'ipotesi di conversione d'ufficio del procedimento sommario di cognizione nel processo a cognizione piena, il giudizio abbreviato non desta perplessità sotto il profilo del rispetto del principio della domanda, poiché l'istanza cautelare è proposta nel corso della causa di merito.

## 22. Osservazioni conclusive sulla categoria dei provvedimenti provvisori

La precedente analisi suggerisce alcune riflessioni conclusive sulla categoria dei provvedimenti provvisori. Essa contempla i provvedimenti che sono esposti ad essere revocati, modificati o sostituiti da un successivo provvedimento e che pertanto non sono idonei a reggere in modo definitivo i propri effetti <sup>(92)</sup>.

Con riferimento all'attuale esperienza italiana, si può disegnare una tripartizione all'interno di questa categoria. Accanto ai provvedimenti cautelari, cioè ai provvedimenti che presuppongono il *periculum in mora* e sono strumentali ad un provvedimento definitivo <sup>(93)</sup>, vi sono i provvedimenti che soddisfano un bisogno di tutela urgente e limitata nel tempo, ma che non sono strumentali ad un provvedimento definitivo (convenzionalmente si potrebbe parlare di provvedimenti «temporanei»). In questa seconda specie potrebbero farsi rientrare ad esempio gli ordini di protezione contro gli abusi familiari, introdotti dalla l. 4 aprile 2001, n. 154 (art. 736-*bis* c.p.c.) <sup>(94)</sup>.

Vi sono infine i provvedimenti che non rispondono necessariamente all'urgenza del provvedere, né sono strumentali ad un provvedimento definitivo. Tali sono i provvedimenti emanati al termine di procedimenti sommari semplificati esecutivi, la cui idea stenta ad affermarsi in giurisprudenza, ma potrebbe riunire tutta una serie di ipotesi, a cominciare dai procedimenti camerali impiegati per la tutela giurisdizionale dei diritti (se si disconoscesse l'attitudine al giudicato del provvedimento finale e la possibilità di instaurare successivamente un processo a cognizione piena), i procedimenti possessori ricostruiti secondo la teoria monobasica <sup>(95)</sup>, l'ordinanza per il pagamento di somme non conte-

---

<sup>(91)</sup> Su questa ipotesi, v. COSTANTINO, *La riforma del diritto societario: note sugli aspetti processuali*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 273.

<sup>(92)</sup> Entro la nozione di provvisorietà *tout court* cui ci si riferisce nel testo non può essere ricondotta la perdita di efficacia del provvedimento in caso di mancata instaurazione dell'ordinario processo di cognizione entro un termine perentorio o in caso di estinzione del processo di cognizione. Questi ultimi due aspetti attengono al modo molto stretto in cui l'art. 669-*novies*, comma 1 c.p.c. conforma la provvisorietà strumentale del provvedimento cautelare rispetto al provvedimento definitivo. Un sinonimo di "provvisorio" potrebbe essere "interinale", sennonché la pluralità di significati che la dottrina italiana ascrive a questo termine consiglia di rinunciare al suo impiego. In tema, CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, p. 72 ss.

<sup>(93)</sup> La nota della strumentalità non scompare nemmeno nei provvedimenti cautelari totalmente anticipatori, perché il loro contenuto si commisura pur sempre a quello di un ipotetico provvedimento definitivo.

<sup>(94)</sup> Essi perdono la loro efficacia al massimo dopo sei mesi, salva proroga, giustificata da gravi motivi, per il tempo strettamente necessario (art. 342-*ter*, comma 3 c.c.), o comunque dopo la pronuncia dei provvedimenti presidenziali temporanei ed urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole nei processi di separazione e di divorzio (art. 8, comma 2 l. n. 154 del 2001). Su questo istituto, v. da ultimo MARIANI MAZZOTTA, *In tema di ordini di protezione in materia familiare*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 950 ss., cui si rinvia anche per l'indicazione della ancora scarsa letteratura sul tema.

<sup>(95)</sup> Rigettata da Cass. 24 febbraio 1998, n. 1984, cit.

state in caso di estinzione del processo (art. 186-*bis*, comma 2 c.p.c.), l'ordinanza immediata di rilascio sempre in caso di estinzione del processo (art. 665 c.p.c.) <sup>(96)</sup>, nonché l'ordinanza di condanna ex art. 19, comma 2 d. lgs. n. 5 del 2003.

Così concepita, la distinzione tra provvedimenti sommari provvisori e provvedimenti sommari idonei al giudicato potrebbe sostituire quella tra provvedimenti sommari cautelari e provvedimenti sommari non cautelari, poiché si rivela più corretta e più comprensibile ad un osservatore straniero <sup>(97)</sup>, il cui punto di vista non può essere certamente trascurato in un momento storico in cui la necessità teorica e pratica della comparazione giuridica tra diversi ordinamenti cresce in modo esponenziale <sup>(98)</sup>.

---

<sup>(96)</sup> Cfr. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, cit., p. 402.

<sup>(97)</sup> Per tacere d'altro, se si indica il modello dei procedimenti sommari con provvedimento finale idoneo a diventare definitivo come quello dei procedimenti sommari non cautelari, si profila una distinzione attinente al tipo di stabilità degli effetti del provvedimento attraverso un connotato (il non essere cautelare) riferibile piuttosto al contenuto del provvedimento. L'osservatore straniero potrebbe essere indotto nell'errore di pensare che nell'ordinamento italiano i procedimenti sommari con provvedimento idoneo a diventare definitivo non possano essere predisposti in vista dell'urgenza di provvedere.

<sup>(98)</sup> Su questo aspetto v. TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1047 ss., ora in *Sui confini*, Bologna, 2002, p. 11 ss., spec. p. 39 ss.